

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA*

Pablo Nuevo López**

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del control de convencionalidad y la aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Partiendo de la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, característica del Estado constitucional internacionalmente integrado, se analiza el recurso por los jueces nacionales de los instrumentos de protección de derechos fundamentales. En particular, se estudia cómo pueden aplicar los jueces los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como las cuestiones relacionadas con ella, como el estándar de protección de los derechos en caso de disconformidad entre el contenido iusfundamental protegido en el ordenamiento de la Unión y en la Constitución.

Palabras clave: derechos fundamentales; Estado constitucional; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; control de convencionalidad.

CONTROL OF CONVENTIONALITY AND THE JUDICIAL APPLICATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

Abstract

This paper aims to study the control of conventionality and the legal implementation of the fundamental rights of the European Union. With the opening up to international human rights law, a characteristic of internationally integrated constitutional states, as a starting point, it studies the instruments for the protection of fundamental rights as a remedy available to national judges. In particular, the paper examines how judges can apply the fundamental rights of the European Union, along with related issues, such as the standard of protection for rights should there be a discrepancy between the content of fundamental rights that are protected in the European Union's system of laws and in the Constitution.

Key words: fundamental rights; constitutional state, European Union Charter of Fundamental Rights, control of conventionality.

* Este trabajo se inserta en las actividades del Grupo de Estudios sobre la Democracia y el Constitucionalismo (GEDECO, grupo consolidado de la Generalitat de Catalunya, 2014).

** Pablo Nuevo López, profesor agregado de derecho constitucional de la Universidad Abat Oliba CEU. Campus Bellesguard, Bellesguard, 30 08022 Barcelona, pnuevo@uao.es.

Artículo recibido el 4.12.2014. Evaluación ciega: 15.12.2014 y 17.12.2014. Fecha de aceptación de la versión final: 3.02.2015.

Citación recomendada: NUEVO LÓPEZ, Pablo. «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista catalana de dret públic*, núm. 50 (junio 2015), p. 141-160, DOI: [10.2436/20.8030.01.48](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.48)

Sumario

1 Introducción

2 La génesis del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos

3 Ordenamiento jurídico español y derecho internacional de los derechos humanos

4 Control de convencionalidad y derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea

4.1 Unión Europea y derechos fundamentales: posibilidades del control de convencionalidad

4.2 Control de convencionalidad y vinculación de los Estados a los derechos fundamentales comunitarios

4.3 Control de convencionalidad y la cuestión del estándar de protección

5 Conclusiones

Bibliografía

1 Introducción

El Estado constitucional de nuestro tiempo no se concibe como un ente cerrado en sí mismo, celoso de su soberanía, sino de un modo abierto a la esfera internacional, tanto por la posibilidad de ceder a organismos supranacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (tal y como atestiguan los diversos procesos de integración regionales) como por la asunción del paradigma contemporáneo de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, en los últimos decenios estamos asistiendo a un proceso de paulatina incorporación a los diversos ordenamientos jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, como acertadamente ha puesto de relieve la doctrina, se puede hablar del Estado constitucional como de un Estado internacionalmente integrado.¹

Como consecuencia de este fenómeno, es necesario encontrar respuestas a la cuestión de cómo proceder a la correcta interrelación de las normas internacionales y las normas del ordenamiento jurídico interno o, mejor, nacional,² especialmente en el ámbito de los derechos humanos. A este respecto, debe señalarse que las dificultades de engranaje entre estas normas cobran una especial urgencia desde que se ha generalizado el control de constitucionalidad de las normas no solo por parte de los Tribunales Constitucionales, sino también por parte de los jueces ordinarios. Así, en el caso español, el juez ordinario que debe resolver un caso aplicando una norma contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución debe, si dicha norma tiene rango de ley, elevar la cuestión al Tribunal Constitucional (ex art. 163 CE), pudiendo inaplicarla directamente si tiene carácter reglamentario.

Pues bien, operando de este modo la primacía de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ¿cabe aplicar una técnica semejante cuando el juez ordinario se encuentre con una norma contraria a los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos? Esta cuestión es la que se conoce con el nombre de *control de convencionalidad*,³ control que permite a los aplicadores del derecho inaplicar normas nacionales cuando sean contrarias a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

2 La génesis del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos

El control de convencionalidad ha sido definido y ha alcanzado su mayor desarrollo en el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, en su tarea de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los jueces nacionales deben aplicar la mencionada convención aun cuando ello implique inaplicar disposiciones normativas nacionales, para garantizar el efecto útil de la Convención.

Así fue expresamente declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia pronunciada en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, de 26 de septiembre de 2006, cuando en el apartado 124 señaló al respecto lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un

1 Véase al respecto, TORRES DEL MORAL, Antonio. «El Estado internacionalmente integrado». En: *Estado de Derecho y democracia de partidos*. 2.ª ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 109 y ss.

2 Pues las normas internacionales de derechos humanos pasan a ser, también, normas del ordenamiento jurídico interno. Por lo que respecta al caso español, véase el artículo 96.1 de la Constitución, conforme al cual «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

3 En España no abunda la literatura científica sobre la materia, siendo de referencia el trabajo del profesor Jimena Quesada. Véase, al respecto, JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad».

Esta doctrina ha sido repetida en posteriores pronunciamientos de la Corte, como pueden ser los casos *La Cantuta vs. Perú* (sentencia de 29 de noviembre de 2006, apartado. 173), o *Boyce y otros vs. Barbados* (sentencia de 20 de noviembre de 2007, apartado 78).

En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, apartado 128, la Corte Interamericana formuló algunas especificaciones y adiciones. Así, la Corte ha afirmado que

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

La Corte realiza el control de convencionalidad concentrado para determinar «la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención».⁴

De la doctrina de la Corte se deriva, como ha puesto de manifiesto Sagüés, que el control de convencionalidad pasa a ser, de este modo, un «acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos»⁵.

En consecuencia, en caso de que el control de convencionalidad lleve a considerar que la norma nacional es incompatible con el sistema interamericano de derechos humanos, el aplicador debe proceder a inaplicar la norma interna. Como ha señalado Nogueira Alcalá, «la inaplicación de la norma legal o reglamentaria por el Estado juez en este caso constituye una derivación de la aplicación preferente de los derechos asegurados convencionalmente en sus estándares mínimos respecto de las normas internas que los irrespetan».⁶

La doctrina de la Corte sobre el control de convencionalidad plantea tres interrogantes: sobre la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, sobre el estándar de protección y sobre el órgano llamado a ejercer el control.

Por lo que respecta a la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, debe ponerse de manifiesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no lo constituye únicamente el Pacto de San José de Costa Rica, sino también la interpretación que a las normas del Pacto ha dado la jurisprudencia de la Corte, sin que, en su jurisprudencia, la Corte haya distinguido entre ambos. De manera que, como ha puesto de manifiesto Sagüés, «esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del

4 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135 (2012), p. 1168.

5 SAGÜÉS, NÉSTOR Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo IV (2011), p. 275.

6 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135 (2012), p. 1186.

mismo (art. 67). El tribunal ha agregado *algo* al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado».⁷

En relación con el nivel de protección, la doctrina considera que de la jurisprudencia de la Corte se deduce que con el control de convencionalidad se otorga protección a un estándar mínimo creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien este «puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión».⁸

Por último, en cuanto al órgano llamado a ejercer el control, de la jurisprudencia de la Corte no se deduce quién debe realizar el control de convencionalidad, si los jueces integrantes del poder judicial o el Tribunal Constitucional (en aquellos Estados que dispongan de jurisdicción constitucional concentrada).⁹

Ferrer Mac-Gregor considera que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los jueces, «independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización».¹⁰ Y es que de la jurisprudencia de la Corte se desprende que este control de convencionalidad debe ser desarrollado por todos los órganos de aplicación del Derecho en cada uno de los Estados que han suscrito la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para poder dar a esos derechos un efecto útil. Lógicamente, este control lo realizarán básicamente los jueces, pero debe precisarse que no solo ellos están obligados a esta tarea, en la medida en que la Corte, al concretar las obligaciones de los Estados, se ha referido a «todos sus órganos», de manera que la obligación alcanza a «todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado», ya se trate de jueces y tribunales del poder judicial o tribunales constitucionales, tribunales electorales, etc.¹¹

En síntesis, el control de convencionalidad permite determinar «la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención».¹²

3 Ordenamiento jurídico español y derecho internacional de los derechos humanos

Las previsiones constitucionales sobre el derecho internacional de los derechos humanos «autorizan y aun aconsejan» acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950,¹³ como señaló tempranamente el Tribunal Constitucional.¹⁴

7 SAGÜÉS, NÉSTOR Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo IV (2011), p. 281.

8 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios Constitucionales* [Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca], año 9, núm. 2 (2011), p. 535.

9 SAGÜÉS, NÉSTOR Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo IV (2011), p. 276-277.

10 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios Constitucionales* [Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca], año 9, núm. 2 (2011), p. 568.

11 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135 (2012), p. 1174-1176.

12 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135 (2012), p. 1168.

13 Ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 243 [10 octubre 1979]).

14 A modo de ejemplo puede citarse la STC 36/1984, en cuyo Fundamento jurídico 3 señala el Alto Tribunal que «La remisión que el art. 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, [...] a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)». Ahora bien, esto no implica que el TC haya asumido siempre y en todo la doctrina del TEDH. En este sentido, en la STC

Ello conlleva que, en la tarea de delimitación del contenido de los derechos operada por el TC en sus más de treinta años de actividad ha cobrado una especial relevancia la doctrina del Tribunal de Estrasburgo,¹⁵ incorporada en gran medida por nuestro Tribunal Constitucional al sistema constitucional de derechos.

Considera Saiz Arnaiz que, si bien es posible argumentar que esta regla se proyecta sobre todos los derechos del título I de la Constitución, el TC se ha venido inclinando por limitarla a los derechos del capítulo 2 del citado título I, y dentro del mismo especialmente a los de la sección 1.^a, esto es, a los protegibles en amparo.¹⁶ No obstante, en mi opinión sí es posible utilizar la regla del artículo 10.2 para la interpretación de todos aquellos derechos reconocidos en el título I de la Constitución que puedan encontrar un reflejo en un derecho reconocido en un tratado internacional suscrito por España, al menos cuando el tratado en cuestión incorpore algún mecanismo de naturaleza jurisdiccional (por tanto, con algún órgano con capacidad para interpretar de manera autorizada los citados derechos, e imponer dicha interpretación de modo vinculante a los Estados signatarios del mismo).

Estas características pueden apreciarse en los tratados sobre derechos humanos en el marco del Consejo de Europa, pues tanto el Convenio de Roma de 1950 como la Carta Social Europea incorporan mecanismos que cumplen los requisitos apuntados.

Por lo que respecta a los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, la doctrina es prácticamente unánime en el sentido de considerar que entran en el ámbito de aplicación de la cláusula interpretativa del artículo 10.2, habiéndose llegado a decir que el CEDH impone un «orden público europeo»,¹⁷ a pesar de que aún no pueda hablarse, en sentido estricto, de un *ius commune* europeo en materia de derechos fundamentales.¹⁸

En la interpretación de los derechos reconocidos por el Convenio de Roma, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adquirido un papel de órgano cuasiconstitucional en Europa en el campo de los derechos humanos»,¹⁹ debido a que, por un lado, las decisiones del Tribunal de Estrasburgo son vinculantes para los Estados y, por otro, por medio de sus sentencias, el Tribunal procede a perfilar el contenido y los límites de los derechos del CEDH. En este sentido, el propio Tribunal ha señalado expresamente que

Sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como partes contratantes. (Caso Irlanda vs. Reino Unido, 18 enero 1978, párr. 154.)

Esta amplitud que otorga el TEDH a su labor hermenéutica la conecta con la finalidad del Convenio, afirmando lo siguiente:

Tratándose de un tratado normativo, se debe, por otra parte, buscar cuál es la interpretación más propia para alcanzar el fin y realizar el objeto de este tratado y no el que daría alcance más limitado a los compromisos de las partes. (STEDH caso Wemhoff, 27 junio 1967.)

236/2007, de 7 de noviembre, el Alto Tribunal señala expresamente (FJ 11) algunas diferencias de criterio entre ambos tribunales, resaltando el contraste entre las líneas jurisprudenciales respectivas en relación con la existencia o no de un «derecho a la vida familiar».

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Valeur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol». En: Matscher, F.; Petzold, H. *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda / Protection des droits de l'homme: la dimensions européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, p. 224 y ss.

16 SAIZ ARNAIZ, Alejandro. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos». En: CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (dirs.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 195.

17 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987, p. 56.

18 QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 (2007), p. 437.

19 RIPOL CARULLA, Santiago. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 33.

De ahí que se hable en la doctrina del «efecto de cosa interpretada de las sentencias»²⁰ del Tribunal de Estrasburgo, lo que implica que «en los países que pertenecen al CEDH, las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sólo pueden operar autónomamente en aquellos sectores que no han sido tocados aún por la jurisprudencia de Estrasburgo»,²¹ en la medida en que «el parámetro de mínimos fijado desde Estrasburgo podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados».²²

En consecuencia, la jurisprudencia del TEDH vincula a los operadores jurídicos nacionales (comenzando por el TC) en lo referente al contenido esencial o contenido mínimo de los derechos fundamentales que también han sido reconocidos en el Convenio de Roma.²³

Ahora bien, en nuestra opinión, la cláusula hermenéutica del artículo 10.2 CE opera también respecto de los derechos sociales reconocidos en los tratados internacionales suscritos por España, en la medida en que disponemos de un órgano cuasijurisdiccional como el Comité Europeo de Derechos Sociales, que ofrece, aunque en un ámbito parcial, una interpretación autorizada de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea.

A esta conclusión es posible llegar a partir de la revisión de la Carta Social Europea, que establece un mecanismo de reclamaciones colectivas, de naturaleza jurisdiccional, en aplicación del cual el Comité Europeo de Derechos Sociales dicta resoluciones vinculantes para los Estados (las llamadas decisiones sobre el fondo). Es verdad que las resoluciones del Comité no son directamente ejecutivas, pero eso es óbice para que tengan un carácter cuasijurisdiccional,²⁴ habiéndose podido decir, por tanto, que «el Comité Europeo de Derechos Sociales hace Derecho».²⁵ Estas decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales afectan directamente y en primer lugar, como es obvio, al Estado que ha sido sujeto pasivo de la reclamación colectiva, pero sus efectos interpretativos sobre los derechos reconocidos por la Carta Social Europea se extienden a todos los Estados firmantes, por lo que —en este aspecto hermenéutico de los derechos constitucionales— es en cierto modo irrelevante que un Estado haya formulado reservas a la adopción del sistema de reclamaciones colectivas. Como señala Jimena Quesada en relación con nuestro ordenamiento, «por más que España no haya aceptado el mecanismo de las reclamaciones colectivas, ello lo único que significa es que nuestro país no podrá ser objeto de una condena directa por tal vía. Sin embargo, tal circunstancia no quiere decir que España vaya a permanecer ajena respecto a las decisiones adoptadas como resultado del examen de las reclamaciones colectivas».²⁶

No obstante, a pesar de lo señalado en los párrafos precedentes, en nuestro ordenamiento no hay actualmente cauces procesales adecuados para que los jueces ordinarios puedan realizar un auténtico control de convencionalidad. Es verdad, como se ha señalado anteriormente, que en cierto modo lo realizan cuando encuentran normas internas que contradicen algún derecho reconocido en la Constitución según el contenido que a dicho derecho cabe atribuir por vía interpretativa a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero eso no constituye en sentido estricto un verdadero control de convencionalidad.

20 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 138.

21 Díez-PICAZO, Luis María. «Límites constitucionales al poder constituyente». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76 (2006), p. 18.

22 QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra sobre el proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 (2007), p. 438.

23 FOSSAS ESPADALER, Enric. «Cosa interpretada en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82 (2008), p. 174. En contra de esta opinión se muestra Aláez, para quien la interpretación del TEDH no puede alterar la dogmática de los derechos fundamentales de la Constitución. Cfr. ALÁEZ CORRAL, Benito. «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la Ciudadanía». *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 5 (2009).

24 BELORGEY, Jean-Michel. «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales». *Revista de Derecho Político*, núm. 70 (2007), p. 353 y ss.

25 BELORGEY, Jean-Michel. «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», ob. cit., p. 360.

26 JIMENA QUESADA, Luis. «Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta social europea revisada de 1996». *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2 (2006), p. 65.

Así, en el caso de que la antinomia resulte de la contradicción de una norma interna con un derecho reconocido en un tratado internacional que no coincide con algún derecho constitucional,²⁷ no está claro cómo debe resolver el juez. Es cierto que, partiendo del rango suprallegal de los tratados internacionales —sobre todo los que tienen por objeto el reconocimiento de derechos humanos—, hay autores que sostienen la posibilidad de un auténtico control de convencionalidad, pero la práctica jurisprudencial hasta el momento muestra cómo, en esos casos, los jueces ordinarios en realidad realizan un control de convencionalidad indirecto o mitigado.²⁸ Y es que, en la mayoría de las ocasiones en que se encuentran ante un caso de esta naturaleza, los órganos jurisdiccionales españoles han recurrido a la técnica de la interpretación conforme, esto es, eligiendo, de los diversos sentidos que cabía atribuir a la norma aplicable de acuerdo con los criterios interpretativos aceptados en derecho,²⁹ aquel que mejor se ajustara al tratado internacional de derechos humanos en cuestión.

En mi opinión, esto ha sido debido a que, si bien en la actualidad hay un cuerpo de doctrina jurisprudencial internacional consolidado en materia de derechos humanos (tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Comité Europeo de Derechos Sociales, a los que ya se ha hecho referencia anteriormente) que hace posible el recurso a la vía interpretativa del control de convencionalidad, hasta la fecha no ha habido en España normas que impongan —o al menos reconozcan la posibilidad de— la inaplicación de normas internas por contradicción con tratados internacionales de derechos humanos.

Esta ausencia, a mi entender, ha estado motivada por el temor a un *activismo judicial* que pueda desnaturalizar las previsiones del legislador democrático, debido a la amplitud e indeterminación de las normas que reconocen derechos fundamentales y a que en estos precisamente se están decidiendo cuestiones especialmente controvertidas del Estado y la sociedad.³⁰

Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento, hasta el momento, no han existido cauces procesales específicos que permitan «institucionalizar» un *diálogo entre tribunales* en esta materia, pues los jueces ordinarios no pueden dirigirse ni al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni al Comité Europeo de Derechos Sociales.

Es previsible que esta situación cambie por efecto de dos recientes novedades normativas, una de ámbito interno y otra de ámbito internacional.

Por lo que respecta al ámbito interno, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales dispone en su artículo 30.1 que «Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes», precisando el artículo 31 de dicha Ley que «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». De ahí se deduce que los jueces nacionales, cuando deban resolver un caso en el que la norma aplicable es contraria al derecho internacional de los derechos humanos tienen que inaplicarla, para dar prevalencia al correspondiente tratado internacional (art. 31), que es de aplicación directa (art. 30.1). De este modo, el legislador ha regulado claramente un mecanismo para que los jueces apliquen el control de convencionalidad.

En cuanto al ámbito internacional, en el 2013 se firmó un protocolo en el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa dirigido a facilitar el diálogo entre tribunales en materia de derechos humanos. En este sentido, el Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de fecha 2 de octubre de

27 Otra cosa es que, en la práctica, sea extraño que suceda esto; en efecto, es difícil pensar en un derecho reconocido en instrumentos internacionales que no sea reconducible a un derecho reconocido en la Constitución Española de 1978.

28 Cfr. JIMENA QUESADA, LUIS. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, ob. cit., p. 83-98.

29 Véase, al respecto, el artículo 3 del Código Civil de España, con arreglo al cual «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

30 Como señala Alexy, «el catálogo de derechos fundamentales regula con la máxima textura abierta, asuntos muy discutidos que parcialmente atañen a la estructura normativa básica del Estado y la sociedad». ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 6.

2013, regula una suerte de cuestión prejudicial de derechos humanos ante el Tribunal de Estrasburgo. Así, de conformidad con el artículo 1 de este Protocolo, los jueces de un Estado signatario del Convenio pueden elevar una cuestión al TEDH para que este emita una opinión sobre la interpretación o aplicación de los derechos del CEDH a un caso concreto; no obstante, el artículo 5 del Protocolo precisa que estas opiniones no tienen carácter vinculante. Aun cuando España aún no ha ratificado este Protocolo, en el momento en que lo haga, los jueces tendrán un cauce procesal para aplicar un control de convencionalidad indirecto, cuando deban resolver un caso en que exista una norma interna que pueda presentar alguna incompatibilidad con un derecho reconocido en el Convenio. Una vez disponga de la opinión autorizada del TEDH, el juez nacional podrá resolver el caso dando la mayor efectividad al derecho en juego, inaplicando si cabe la norma nacional.

Será precisamente la existencia de este cauce procesal la que hará posible un auténtico control de convencionalidad en la aplicación del Derecho comunitario de los derechos humanos.³¹

4 Control de convencionalidad y derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea

4.1 Unión Europea y derechos fundamentales: posibilidades del control de convencionalidad

Aunque en el origen de las Comunidades Europeas los derechos fundamentales seguían siendo una cuestión de ámbito nacional, con el paso del tiempo la evolución de la Comunidad —hoy Unión Europea— ha conducido a una incorporación de los derechos fundamentales al ámbito comunitario.

En este sentido, se ha sostenido que «en el Estado integrado en la Unión Europea la transferencia de poder nacional a las instituciones supranacionales implica la necesidad de que se desarrollen funciones paralelas a las de la Constitución nacional en el propio ordenamiento supranacional»,³² de manera que, siendo una de las principales funciones de la Constitución el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales,³³ el ordenamiento comunitario se ha ido abriendo a estos. Y es que, si una de las tareas fundamentales de la Constitución es la de hacer posible la integración estatal, y esta tarea puede cumplirla la Constitución precisamente «mediante sus derechos fundamentales»,³⁴ de ahí se sigue que la integración europea, que pretende constituir una «comunidad de Derecho»,³⁵ requiera que también en el ámbito comunitario estén presentes los derechos fundamentales.

Como es bien sabido, pueden señalarse como *leading cases* en la «protección pretoriana» de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario el caso Stauder,³⁶ en el que el Tribunal señaló que «los derechos fundamentales de las personas están comprendidos dentro de los principios del Derecho comunitario, cuyo

31 En este sentido, analizando la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al fallido Tratado constitucional, el Consejo de Estado señaló que implicaba «introducir en el caso de apreciación de la vulneración de un derecho reconocido en la Carta y en la Constitución un cierto control “difuso” de adecuación al Derecho comunitario que puede incidir en el monopolio de invalidación de normas con rango de ley que corresponde al Tribunal Constitucional». Véase, Dictamen del Consejo de Estado 2544/2004, de 21 de octubre, emitido en relación con el Expediente relativo al Tratado por el que se establece la Constitución Europea.

32 ARNOLD, RAINER. «Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales». En: MATÍAS PORTILLA, F. J. (dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Thomson Civitas, 2002, p. 51.

33 En este sentido, considera Hesse que «los derechos fundamentales son fundamentos institucionales en la legitimación del Estado y del proceso político abierto y libre». HESSE, Konrad. «El significado de los derechos fundamentales». En: CRUZ VILLALÓN, P.; AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (eds.). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Constitucionales, 2011, p. 175.

34 HESSE, Konrad. «Constitución y Derecho Constitucional». En: BENDA, E. [et al.]. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 3.

35 Véase al respecto, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Los Verdes/Parlamento, asunto C-294/83, apartado 23, en la que el Tribunal de Luxemburgo señala que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado» (la cursiva es nuestra).

36 Sentencia de 12 de noviembre de 1969, Erich Stauder/Stadt Ulm-Sozialamt, asunto 29/69, apartado 7.

respeto garantiza el Tribunal»; el caso *Internationale Handelsgesellschaft*,³⁷ en el que el Tribunal señaló que la protección de los derechos fundamentales se inspira en «los principios constitucionales comunes a los Estados miembros»; y el caso *Nold*,³⁸ en el que el Tribunal de Justicia resaltó la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario según el estándar de los instrumentos internacionales en que participan los Estados miembros, sobre todo a partir de los estándares del CEDH.

Queda fuera del objeto de este trabajo un estudio pormenorizado del itinerario que ha seguido en el ordenamiento comunitario el reconocimiento de derechos fundamentales,³⁹ itinerario que básicamente ha ido de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁴⁰ hasta llegar a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en el año 2000⁴¹ e incorporada como derecho aplicable del mismo rango que los tratados constitutivos por medio del Tratado de Lisboa.⁴² En este sentido, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, tras el Tratado de Lisboa, señala al respecto lo siguiente:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Baste, para el propósito de este trabajo, con tomar nota, por un lado, de la vinculación a los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario, tanto de las instituciones de la Unión Europea como de los Estados miembros; y, por otro, las posibilidades que la existencia de un Tribunal como el de Luxemburgo va a conferir para la existencia de un auténtico control de convencionalidad.⁴³

En un sentido impropio, podríamos hablar de control de convencionalidad en aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el plano interpretativo, por efecto del artículo 10.2 de la Constitución Española, el cual establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a

37 Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 11/70, apartado 4.

38 Sentencia de 14 de mayo de 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung/Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 4/73, apartado 13.

39 Sobre esta cuestión, véase MANGAS MARTÍN, Araceli. «El compromiso con los derechos fundamentales». En: Mangas Martín, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 31-75.

40 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa». En: GARCÍA ROCA, F. J.; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P. A. *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 3-14.

41 Véase al respecto, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales». En: BENEYTO, J. M.^a (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; BECERRIL ATIENZA, B. (coords.). *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi, 2009.

42 Por lo que respecta a las vicisitudes de la Carta, cfr. GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la Unión Europea al CEDH». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38 (2011), p. 192-194.

43 Al poco de aprobarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza en el año 2000, aún sin ser derecho aplicable, y comentando la labor del Tribunal de Luxemburgo en el desarrollo de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, algún autor puso de manifiesto que el sistema de derechos comunitario había sido construido por el TJCE «a través de una auténtica actividad de jurisdicción constitucional». Véase al respecto, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, p. 56.

las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Como ha puesto de manifiesto González Campos, en este precepto nos encontramos ante un «mandato» constitucional para una interpretación correcta de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución,⁴⁴ interpretación que sirve para la «identificación del significado de unos enunciados normativos caracterizados casi sin excepción por su naturaleza controvertida, por su vaguedad, apertura, indeterminación».⁴⁵

Por lo que respecta a los efectos de esta cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE, consideran la doctrina y el Tribunal Constitucional que no es posible por esta vía la incorporación de nuevos derechos fundamentales a nuestro ordenamiento (el cauce adecuado sería el art. 96 CE, conforme al cual los tratados internacionales —también los que reconocen nuevos derechos— forman parte de nuestro ordenamiento; eso sí, estos nuevos derechos incorporados al ordenamiento no tendrían carácter fundamental), pero sí es posible la incorporación a derechos ya reconocidos (es decir, ya presentes en el texto constitucional) «de aspectos no explicitados en la Constitución».⁴⁶ En relación con este extremo, Díez-Picazo ha llegado a afirmar que «es razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución».⁴⁷

De ahí que los órganos jurisdiccionales españoles puedan recurrir a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su tarea de aplicación de los derechos reconocidos en el Texto Constitucional de 1978, de manera que —si bien indirectamente— aquellos puedan erigirse en parámetro con el que contrastar la validez de normas nacionales.

En efecto, ya en el año 2000 —año en que se redactó y aprobó la primera versión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, si bien sin carácter vinculante—, el Tribunal Constitucional español recurrió al texto de la Carta a fin de interpretar el alcance del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (relacionado con el derecho a la intimidad reconocido por el art. 18 de la Constitución).⁴⁸

Más recientemente, en el auto 86/2011, de 9 de junio (caso Melloni), el Tribunal Constitucional ha precisado al respecto que

Para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta es necesario partir del contenido constitucionalmente protegido por ese derecho para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona que, de acuerdo con el art. 10.1 CE, constituye el «fundamento del orden político y de la paz social». En este proceso de determinación revisten especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como cualificado criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales que los reconocen, expresando con ello la afirmación de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

Esto implica que, por mandato constitucional, a efectos interpretativos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe permear todo el ordenamiento jurídico español,⁴⁹ lo cual no es especialmente

44 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. «Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)». En: CRUZ VILLALÓN, P.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. *Tres lecciones sobre la Constitución*. Sevilla: Ed. Mergablu, 1998, p. 47 y 42.

45 SAIZ ARNAIZ, Alejandro. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», ob. cit., p. 193.

46 SAIZ ARNAIZ, Alejandro. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», ob. cit., p. 196.

47 Díez-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2003, p. 153-154.

48 Véase STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8.

49 MANGAS MARTÍN, Araceli. «Artículo 51. Ámbito de aplicación». En: Mangas Martín, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales*

problemático. En este sentido, al analizar la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales en el tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto que «el valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950».⁵⁰

En consecuencia, si un órgano jurisdiccional español debe resolver aplicando una norma que considera contraria a un derecho fundamental reconocido por la Constitución (según el contenido que a dicho derecho cabe atribuir interpretándolo a la luz de alguno de los derechos de la Carta), procederá la inaplicación de la norma si tiene carácter reglamentario, o el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si la citada norma tuviera rango legal.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, «la Carta tendrá un doble valor en España, en cuanto Derecho de la Unión, por ser parte de un Tratado comunitario, y en cuanto pauta interpretativa de la propia Constitución Española, por obra de la propia Constitución».⁵¹

Pauta interpretativa subrayada por la propia Ley de ratificación del Tratado de Lisboa,⁵² que en su artículo 2 establece que «A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 14 de diciembre de 2007 [...]».⁵³

Ahora bien, junto a este control de convencionalidad en sentido impropio se puede hablar de un control de convencionalidad en sentido propio en relación con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando los órganos jurisdiccionales aplican dichos derechos no como guía hermenéutica sino como derecho vigente.

Esto ocurre cuando los jueces y tribunales deben resolver un caso aplicando Derecho comunitario. Así, de conformidad con el artículo 51.1 de la Carta, «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas [...] a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

Aunque se ha señalado que el artículo 51.1 de la Carta tiene un cierto carácter restrictivo (pues, en la medida en que la Unión Europea tiene competencia de atribución, una norma de Derecho comunitario sólo puede obligar a los Estados en el ámbito de las competencias de la Unión), por esta vía se abre la posibilidad de una aplicación directa de los derechos de la Carta por los jueces nacionales.

Ya antes de la aprobación de la Carta, el Tribunal de Justicia había señalado que «desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia».⁵⁴

De manera que «las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria.

de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 813-815.

50 Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6.

51 MANGAS MARTÍN, Araceli. «Artículo 51. Ámbito de aplicación». En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, ob. cit., p. 816.

52 Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE, núm. 184 [31 julio 2008]).

53 Una visión crítica, por considerar esta prescripción repetitiva e innecesaria, en RIPOL CARULLA, Santiago. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37 (2010), p. 845-864, esp. 858.

54 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de diciembre de 1997, caso Annibaldi, asunto C-309/96, apartado 13.

Por consiguiente, los Estados miembros están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias».⁵⁵

Y es que, como resaltó la abogada general en sus Conclusiones en el asunto Omega, «en la medida en que la Comunidad como comunidad de Derecho se ve a sí misma como una comunidad basada en el respeto de los derechos humanos fundamentales, consiguientemente ni las medidas de las instituciones comunitarias ni las de los Estados miembros adoptadas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario pueden ser “incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos de esta manera”».⁵⁶

De ahí que, asumiendo esta jurisprudencia, en las Explicaciones oficiales⁵⁷ sobre los derechos reconocidos en la Carta se señale lo siguiente:

En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 Annibaldi, Rec. 1997, p. I-7493). Recientemente, el Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: «Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria [...]» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737, apartado 37). Por supuesto, esta norma tal como se consagra en la presente Carta, se aplica tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión.⁵⁸

La propia Comisión Europea ha explicado recientemente la razón de ser de esta vinculación de los Estados miembros a la Carta de los Derechos Fundamentales no solo como exigencia del principio de primacía del Derecho comunitario, sino porque «el respeto de los derechos fundamentales por los Estados miembros, cuando aplican el Derecho de la Unión, es de interés común para todos los Estados miembros ya que se trata de un componente esencial de la confianza mutua que permite el funcionamiento de la Unión».⁵⁹

4.2 Control de convencionalidad y vinculación de los Estados a los derechos fundamentales comunitarios

Ahora bien, para entender correctamente este mandato de la Carta vinculando a los Estados a los derechos fundamentales comunitarios, es preciso responder a dos cuestiones. En primer lugar, toda vez que el precepto menciona «los Estados» ¿quién debe entenderse vinculado por la Carta?; en segundo lugar, ¿qué debe entenderse por aplicación del Derecho de la Unión?

La primera cuestión tiene una respuesta muy sencilla: a los efectos del artículo 51 de la Carta, la referencia a los «Estados miembros» debe entenderse realizada a cualquier poder del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), así como todo nivel de gobierno que, de acuerdo con la estructura constitucional propia de cada Estado miembro, exista a nivel interno (poderes centrales del Estado, regiones autónomas o Estados federados, corporaciones locales, etc.).⁶⁰

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de abril del 2000, caso Karlsson, asunto C-292/97, apartado 37.

⁵⁶ Conclusiones de la abogada general Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 18 de marzo del 2004, caso OMEGA Spielhallen- y Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, asunto C-36/02, apartado 55.

⁵⁷ Para entender la razón de ser de la existencia de un documento con las Explicaciones oficiales de la Carta (que de acuerdo con la nueva redacción del Tratado de la Unión Europea constituyen un elemento interpretativo vinculante), véase MANGAS MARTÍN, Araceli. «El compromiso con los derechos fundamentales», ob. cit., p. 68-70.

⁵⁸ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/02).

⁵⁹ Comunicación de la Comisión Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, de 19 de octubre de 2010, COM (2010) 573 final.

⁶⁰ MANGAS MARTÍN, Araceli. «Artículo 51. Ámbito de aplicación», ob. cit., p. 818.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, esto es, cuando están sometidos a la Carta los Estados por darse una situación de «aplicación» del Derecho de la Unión, la respuesta es más compleja, y exige un análisis algo más detallado.

De conformidad con el artículo 51 de la Carta, que viene a sistematizar jurisprudencia reiterada del Tribunal de Luxemburgo, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento comunitario deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. De ahí que el Tribunal no pueda controlar una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión.⁶¹ Por el contrario, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar.⁶²

De lo anterior se deriva que es de capital importancia saber cuándo un Estado está «aplicando» Derecho de la Unión, pues será lo que determine la posibilidad, para el juez nacional, de proceder al control de convencionalidad.

En primer término, nos encontramos ante una situación de aplicación del Derecho de la Unión cuando algún órgano del Estado aplica una norma comunitaria de aplicabilidad directa⁶³ o cuando un Estado traspone a su ordenamiento interno una directiva comunitaria.⁶⁴

En segundo término, los Estados también se sitúan dentro del Derecho de la Unión (y, por tanto, se considera que lo «aplican») cuando establecen una excepción al mismo. Por tanto, cuando un Estado quiera excepcionar en algún ámbito la aplicación de la norma comunitaria, está sometido igualmente a los derechos fundamentales reconocidos por la Carta.

Recientemente, el Tribunal de Justicia ha considerado que un Estado se sitúa en el marco del Derecho de la Unión también cuando dicta una norma que, aun no teniendo por objeto adaptar el ordenamiento interno a lo dispuesto en una directiva comunitaria, esté dirigida a «sancionar la infracción de las disposiciones de la mencionada Directiva y, por tanto, dar cumplimiento a la obligación impuesta por el Tratado a los Estados miembros de sancionar de modo efectivo los actos que causen un perjuicio a los intereses financieros de la Unión».⁶⁵

En esta sentencia, el Tribunal se aparta de las Conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón, quien consideraba que, para que pueda considerarse que un Estado está aplicando el Derecho de la Unión, este orden normativo —y «en cuanto Derecho»— debe estar en el origen del ejercicio de la potestad pública estatal; así como que debe existir un «interés específico de la Unión», sin que «la sola circunstancia de que ese ejercicio tenga un origen último en el Derecho de la Unión» sea en sí suficiente «para entender que concurre una situación de aplicación».⁶⁶

61 Si esta normativa vulnerara derechos fundamentales, el control correspondería en primer lugar a los Tribunales ordinarios del Estado miembro, y en última instancia al Tribunal Constitucional, operando como parámetro de enjuiciamiento la Constitución (interpretada, como se ha señalado anteriormente, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos).

62 Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre del 2011, caso Dereci y otros, asunto C-256/11, apartado 72, y de 7 de junio de 2012, caso Vinkov, asunto C-27/11, apartado 58.

63 Sería el caso de los reglamentos. Conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Esto implica que el reglamento es una norma jurídica de Derecho comunitario con alcance general y eficacia directa, directamente aplicable en todos los Estados de la Unión por cualquier autoridad o particular, sin que sea precisa ninguna norma jurídica de origen interno o nacional que la transponga para completar su eficacia plena. Asimismo, puede ser invocada la tutela jurisdiccional ante los tribunales nacionales o comunitarios por los particulares.

64 Conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

65 Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero del 2013, caso Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson, asunto C-617/10, apartado 28.

66 Conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón, presentadas el 12 de junio del 2012, en el caso Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson, asunto C-617/10, apartados 33 a 61, especialmente 33 y 40.

Pese a ello, el Tribunal de Luxemburgo hace una interpretación extensiva de los principios de primacía y eficacia del Derecho de la Unión, que conduce a su vez a una concepción amplia de la posición del Estado en cuanto aplicador del Derecho de la Unión, con la consecuencia lógica de establecer la aplicabilidad de la Carta de los Derechos Fundamentales a dichas situaciones.⁶⁷

En conclusión, debe señalarse que, cuando un juez nacional debe aplicar en un procedimiento judicial una norma que implica estar en un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión, se encuentra vinculado por los derechos de la Carta, inaplicando la norma nacional en caso de contradicción con los derechos fundamentales, y disponiendo asimismo de la posibilidad —u obligación, según el caso— de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si necesita de una interpretación autorizada de los derechos a efectos de controlar la norma nacional.⁶⁸

En este control de convencionalidad puede suceder que el juez considere que la norma aplicable que vulnera derechos reconocidos en la Carta presenta también vicios de inconstitucionalidad, por vulnerar derechos reconocidos en la Constitución. En ese caso, el juez nacional debe poder ejercer la facultad que le confiere el artículo 267 TFUE de plantear ante el Tribunal de Justicia, sin que pueda establecerse la obligación para el órgano jurisdiccional de acudir primero al Tribunal Constitucional nacional.⁶⁹

4.3 Control de convencionalidad y la cuestión del estándar de protección

Afirmada la posibilidad del control de convencionalidad en relación con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es preciso analizar qué estándar de protección proporciona dicha Carta, pues será dicho estándar de protección el que deberá tener en cuenta el juez nacional a la hora de realizar el mencionado control de convencionalidad, pues en ocasiones es posible encontrar diferencias entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales.

De conformidad con el artículo 53 de la Carta,

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

De acuerdo con las Explicaciones oficiales de la Carta,

El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH.⁷⁰

Una interpretación posible del artículo 53 de la Carta lleva a considerar que la protección dispensada «se entiende como una protección de mínimos por encima de la cual los Estados podrán otorgar una protección mayor».⁷¹ Esta parece ser la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el significado del artículo II-113 del fallido Tratado constitucional (equivalente del artículo 53 de la Carta), que para el Alto Tribunal operaba «como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».⁷²

67 Cfr. VAN BOCKEL, Bas.; WATTEL, Peter. «New wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson». *European Law Review*, vol. 38 (2013), p. 866-879.

68 MANGAS MARTÍN, Araceli. «Artículo 51. Ámbito de aplicación», ob. cit., p. 818.

69 Cfr. sentencia de 22 de junio del 2010, caso Melki y Abdeli, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, apartados del 45 al 55.

70 Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/02).

71 DÍAZ CREGO, María. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*. Madrid: Ed. Reus, 2009, p. 226.

72 DTC 1/2004, FJ 6.

Esta interpretación, como señala Díaz Crego, si bien parece más garantista de los derechos individuales, hipotéticamente puede conducir a un desplazamiento de la norma comunitaria si la protección que confiere el derecho fundamental tal y como está reconocido en la constitución nacional es superior.⁷³

En relación con este precepto sobre el nivel de protección, hay que poner de manifiesto que «no garantiza en modo alguno una primacía del ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección al derecho fundamental en cuestión», con objeto de mantener el principio de primacía del Derecho comunitario y la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión.⁷⁴

De este modo, lo que haría el artículo 53 es establecer una regla interpretativa, conforme a la cual el Tribunal de Luxemburgo debe adoptar un estándar de protección que no limite los derechos reconocidos en las constituciones nacionales, pero manteniendo la primacía del Derecho comunitario.⁷⁵

En la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español, el Alto Tribunal consideró posibles tres interpretaciones del artículo 53 de la Carta.⁷⁶

Con arreglo a la primera, el artículo 53 contendría «una cláusula de estándar mínimo de protección característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos».

De conformidad con la segunda de las interpretaciones posibles, el artículo 53 en realidad tendría por finalidad «delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y, por lo que aquí interesa, el de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando (cfr. art. 51 CDFUE) que, fuera del ámbito de aplicación de la primera —y, por lo tanto, allí donde por definición no se plantea conflicto alguno entre ambos sistemas de protección—, el Derecho de la Unión Europea no impide el despliegue de la protección constitucional que los derechos fundamentales merezcan en cada Estado miembro».

Por último, una tercera interpretación posible llevaría a considerar que el artículo 53 puede operar «bien como una cláusula de estándar mínimo de protección —capaz, por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental—, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio —aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales—, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate».

De ahí que, junto a cuestiones de carácter sustantivo sobre el derecho a la tutela judicial en relación con la orden europea de detención, el Tribunal Constitucional español planteara al Tribunal de Justicia si el artículo 53 de la Carta, interpretado sistemáticamente en relación con derechos concretos reconocidos en la propia Carta, permite a un Estado miembro otorgar a dichos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro.

Si fuera correcta esta tercera interpretación, el juez nacional —aun cuando tuviera que enjuiciar una norma interna que trae causa de una aplicación del Derecho comunitario por parte del Estado en cuestión— podría dejar de considerar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parámetro de enjuiciamiento en el control de convencionalidad.

Precisamente en la sentencia en que responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español, el Tribunal de Luxemburgo ha descartado esta posibilidad, pues «menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos

73 DÍAZ CREGO, María. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, ob. cit., p. 226.

74 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. «Art. 53. Nivel de protección». En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, ob. cit., p. 858.

75 DÍAZ CREGO, María. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, ob. cit., p. 233.

76 Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio, FJ 6.

a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado».⁷⁷

Como puso de relieve el abogado general Yves Bot en sus Conclusiones en el caso Melloni, la salvaguardia de los derechos fundamentales dentro de la Unión «debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de ésta»⁷⁸ y sin poner en cuestión el principio de primacía del Derecho comunitario, de manera que no cabe la creación de un sistema de geometría variable en la protección de los derechos fundamentales.⁷⁹

De ahí que «la especificidad del Derecho de la Unión implica que el nivel de protección derivado de una interpretación de una Constitución nacional no es automáticamente transferible al ámbito de la Unión ni oponible en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión».⁸⁰

Para el Tribunal de Luxemburgo se trata de una conclusión necesaria del sistema jurídico comunitario. A este respecto, el Tribunal de Justicia hace suyo el razonamiento del abogado general Yves Bot conforme al cual «los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre el justo equitativo por alcanzar entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen», determinación que por su parte «está estrechamente ligada a valoraciones propias del ordenamiento jurídico de que se trata, en especial en función del contexto social, cultural e histórico de éste, y no es por tanto automáticamente transferible a otros contextos».⁸¹

En este sentido, se ha llegado a sostener que la sentencia Melloni afirma claramente, incluso de forma «algo adusta», que el parámetro de enjuiciamiento lo constituyen los derechos fundamentales de la Unión Europea «tanto del derecho derivado o actividad institucional europea como de la actividad nacional de aplicación del Derecho de la Unión»,⁸² desplazando la aplicación de la norma nacional —incluso constitucional— también en casos en que el Derecho comunitario aplicable es derecho derivado o secundario no directamente efectivo.⁸³

Ahora bien, la sentencia Melloni debe ser leída conjuntamente con la sentencia Akerberg.⁸⁴ En Akerberg, el Tribunal de Justicia, además de emplear una concepción amplia o extensiva de la categoría «aplicación del Derecho de la Unión», lo hizo introduciendo matices en lo que respecta al estándar de protección de los derechos fundamentales.⁸⁵ Así, consideró que si el Derecho de la Unión dejaba cierto margen de apreciación a los Estados en dicha aplicación, por no ser necesaria una completa homogeneización normativa, los Estados podían mantener el estándar nacional de protección de derechos fundamentales aunque divergiera del de la Carta, siempre que ello fuera proporcional en relación a un fin lícito. Para ello, el Tribunal de Justicia requiere

77 Sentencia de 26 de febrero del 2013, caso Melloni, asunto C-399/11, apartado 58.

78 Conclusiones del abogado general Yves Bot en el asunto C-399/11, presentadas el 2 de octubre del 2012, apartado 107.

79 Cfr. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. «Diálogo constitucional con el Tribunal de Justicia de la Unión», *Otrosí*, núm. 13 (enero-marzo 2013), p. 7-12.

80 Conclusiones del abogado general Yves Bot en el asunto C-399/11, presentadas el 2 de octubre del 2012, apartado 111. Previamente, en el apartado 109, había señalado que «Los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre el justo equilibrio por alcanzar entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen. Esa determinación está estrechamente ligada a valoraciones propias del ordenamiento jurídico de que se trata, en especial en función del contexto social, cultural e histórico de éste, y no es por tanto automáticamente transferible a otros contextos».

81 Conclusiones del abogado general Yves Bot en el asunto C-399/11, presentadas el 2 de octubre del 2012, apartado 109.

82 UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; RIPOL CARULLA, Santiago. «La Euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46 (2013), p. 173.

83 BESSELINK, Leonard. «The parameters of constitutional conflict after Melloni». *European Law Review*, núm. 4 (2014), p. 545.

84 GORDILLO PÉREZ, Luis; TAPIA TRUEBA, Ariane. «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del Caso Melloni». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22 (julio-diciembre 2014), p. 18.

85 REETSMAN, Jan-Herman, BESSELINK, Leonard. «After Åkerberg Fransson and Melloni», *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2013, p. 169-175.

que «la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión», así como que la aplicación del estándar nacional «no afecte al nivel de protección previsto por la Carta».⁸⁶

De lo anterior se desprende que, cuando el Derecho de la Unión no deja margen de apreciación a los Estados miembros, se debe producir un desplazamiento de los estándares de protección presentes en los sistemas constitucionales nacionales de protección de los derechos fundamentales, aun cuando estos estándares nacionales fueran superiores a los de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁸⁷

En consecuencia, el estándar de protección en el control de convencionalidad realizado en aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea será el establecido en dicha Carta, y no el que derive de la Constitución, lo cual afectará a la frecuencia e intensidad del mencionado control de convencionalidad.

5 Conclusiones

La apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos, bajo el paradigma contemporáneo del Estado constitucional, obliga a replantearse la cuestión de la imbricación entre órdenes normativos (nacional e internacional).

Dicho replanteamiento no es un asunto meramente teórico o académico, sino que va a influir en el papel del juez como principal protector de los derechos de las personas. Para realizar esta tarea, el juez dispone del llamado *control de convencionalidad*, con arreglo al cual podrá resolver los casos sobre los que debe pronunciarse, dando primacía al derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso español, este control de convencionalidad puede hacerse en relación con el derecho internacional de los derechos humanos o con el Derecho comunitario europeo de los derechos humanos.

En el primer supuesto, la ausencia de instrumentos procesales que permitan al juez nacional entablar un diálogo con los tribunales internacionales motiva que, en la mayoría de los casos, los jueces españoles estén realizando un control de convencionalidad indirecto, recurriendo a la técnica de la interpretación conforme (interpretando la normativa aplicable a la luz de la Constitución y, a su vez, interpretando los derechos fundamentales reconocidos en esta a la luz de los instrumentos internacionales sobre esta materia).

En el segundo supuesto, además del control de convencionalidad indirecto, los jueces españoles están realizando un auténtico control de convencionalidad, inaplicando las normas nacionales contrarias a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (eso sí, siempre que haya vínculo comunitario en la norma nacional).

De este modo, estamos asistiendo a un fenómeno creciente de protección multinivel de los derechos fundamentales que conduce a un reforzamiento de los jueces ordinarios como primeros protectores de los derechos de las personas.

Bibliografía

ALÁEZ CORRAL, Benito. «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la Ciudadanía». *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 5 (2009).

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero del 2013, caso Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson, asunto C-617/10, apartado 29.

⁸⁷ ALONSO GARCÍA, Ricardo. *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014, p. 38 y ss.

- ALONSO GARCÍA, Ricardo. *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014.
- ARNOLD, Rainer. «Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales». En: MATÍAS PORTILLA, F. J. (dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Thomson Civitas, 2002.
- BELORGEY, Jean-Michel «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales». *Revista de Derecho Político*, núm. 70 (2007).
- DÍAZ CREGO, María. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros* Madrid: Ed. Reus, 2009.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier. «Diálogo constitucional con el Tribunal de Justicia de la Unión». *Otrosí*, núm. 13 (enero-marzo 2013).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2003.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales». En: BENEYTO, J. M.^a (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; BECERRIL ATIENZA, B. (coords.). *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi, 2009.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios Constitucionales* [Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca], año 9, núm. 2 (2011).
- FOSSAS ESPADALER, Enric. «Cosa interpretada en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82 (2008).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Valeur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol». En: MATSCHER, F.; PETZOLD, H. *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda/Protection des droits de l'homme: la dimensions européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1990.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. «Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)». En: CRUZ VILLALÓN, P.; GONZÁLEZ CAMPOS, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO Ferrer, M. *Tres lecciones sobre la Constitución*. Sevilla: Ed. Mergablu, 1998.
- GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la Unión Europea al CEDH». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38 (2011).
- GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio.; TAPIA TRUEBA, Ariane. «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del Caso Melloni». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22 (julio-diciembre 2014).
- HESSE, Konrad. «Constitución y Derecho Constitucional». En: BENDA, E. [et al.]. *Manual de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- «El significado de los derechos fundamentales». En: CRUZ VILLALÓN, P.; AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (eds.). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Constitucionales, 2011.

JIMENA QUESADA, Luis. «Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996». *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. núm. 2 (2006).

— *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

MANGAS MARTÍN, Araceli. «Artículo 51. Ámbito de aplicación». En: Mangas, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

— «El compromiso con los derechos fundamentales». En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. «Art. 53. Nivel de protección». En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano* para las jurisdicciones nacionales». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135 (2012).

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa». En: GARCÍA ROCA, F. J.; FERNÁNDEZ-SANCHEZ, P. A. *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 (2007).

RIPOL CARULLA, Santiago. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37 (2010).

— *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*. Barcelona: Atelier, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo IV (2011).

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos». En: CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

TORRES DEL MORAL, Antonio. «El Estado internacionalmente integrado». En: *Estado de Derecho y democracia de partidos*. 2.^a ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2001.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio.; RIPOL CARULLA, Santiago. «La Euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)». *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46 (2013).

VAN BOCKEL, Bas.; WATTEL, Peter. «New wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson». *European Law Review*, vol. 38 (2013).